

Roma, 15 luglio 2021

Linee di indirizzo ANCI/iFEL - ANACAP sulla rinegoziazione dei contratti per la gestione e la riscossione delle entrate comunali

Premessa

Il presente documento è stato redatto al fine di condividere un percorso diretto a fornire ai Comuni ed ai soggetti affidatari dei servizi di accertamento e riscossione delle loro entrate uno strumento utile per pervenire a soluzioni in grado di assicurare la continuità delle gestioni e per evitare l'insorgere di inutili ed onerosi contenziosi.

Le straordinarie condizioni imposte dall'emergenza epidemiologica e dai provvedimenti specifici che hanno profondamente modificato la gestione delle entrate comunali pongono gli operatori di fronte a situazioni inedite e alla necessità di intraprendere decisioni difficili.

Inoltre, il perdurare della crisi ha portato ad un'ulteriore proroga al 31 agosto 2021 del termine per la sospensione dell'attività di riscossione coattiva, riguardante sia le notifiche delle cartelle di pagamento e delle ingiunzioni fiscali e sia l'avvio delle attività cautelari o esecutive (fermi, pignoramenti, ecc.), operata dal dl n.99/2021 (cd. decreto "Semplificazioni").

Le considerazioni di seguito riportate possono costituire elementi di supporto ai Comuni ed alle società affidatarie dei servizi in questione, così da impostare un confronto proficuo ed improntato a canoni di correttezza, buona fede e solidarietà, ai fini della salvaguardia della funzione entrate.

La disciplina generale ed il quadro normativo

Le misure adottate dal Parlamento per arginare gli effetti economici negativi dell'epidemia COVID-19, ancora in atto, sono state dettate dalla necessità di predisporre misure di sostegno alle attività più duramente colpite. In tale contesto il Governo ha emanato provvedimenti che hanno inciso significativamente sulle entrate dei Comuni.

L'esonero dal pagamento dei prelievi sull'occupazione di spazi pubblici gravanti sui pubblici esercizi e sul commercio ambulante (che ha comportato una rilevante riduzione dell'intera entrata annuale), l'esonero dalla tassa di soggiorno, dalla prima e seconda rata dell'IMU per diverse categorie economiche, la sospensione dei pagamenti e delle azioni esecutive dall'8 marzo 2020 al 31 agosto 2021, ancorché giustificati dalla crisi economica, hanno prodotto effetti

negativi importanti sui contratti con i quali i Comuni hanno affidato alle società iscritte all'albo di cui all'art. 53 del d.lgs. n. 446/97 i servizi di accertamento e riscossione delle predette entrate. Ne è risultata una forte contrazione dei gettiti, la sospensione delle attività di riscossione ed il conseguente abbattimento delle determinanti principali dei ricavi delle predette società. Questo scenario si protrarrà, purtroppo, per buona parte dell'anno in corso, pur in presenza di segnali di ripresa che necessitano comunque di un periodo di riavvio.

Le soluzioni di riequilibrio

Anacap e IFEL, al fine di prevenire il possibile instaurarsi di un contenzioso tra le società che gestiscono i servizi predetti ed i Comuni affidatari, hanno definito le linee di indirizzo riportate in questo documento, al fine di delineare – fermo il rispetto dell'autonomia decisionale degli enti locali – punti di riferimento solidi, ai quali possono conformarsi le parti contrattuali (Comuni e società affidatarie dei servizi di accertamento e riscossione delle entrate comunali) al fine di superare lo squilibrio che la pandemia può aver determinato nello svolgimento dei contratti di gestione.

Gli effetti della pandemia (e dei provvedimenti legislativi correlati) sui contratti in corso costituiscono di norma condizione per una “rivisitazione o rinegoziazione” dei contratti medesimi, essendo non auspicabile (e per certi aspetti impraticabile) qualsiasi ipotesi di risoluzione generalizzata dei contratti, che – a prescindere da valutazioni di stretto ordine giuridico – produrrebbe grave pregiudizio all'intero sistema della fiscalità locale.

La fonte legislativa di partenza, per valutare gli effetti dell'emergenza prodotta dagli interventi adottati dal Governo per ragioni di salute pubblica, prevalente sull'interesse privato contrattuale, non è solo quella del Codice civile, ma soprattutto quella del codice dei contratti pubblici (d.lgs n.50 del 2016) che, all'art. 106, disciplina l'ipotesi della variante in corso di esecuzione ed adeguamento dei prezzi, ovvero delle modifiche che possono essere apportate al contratto per recuperarne l'equilibrio sinallagmatico, attraverso una rinegoziazione con novazione oggettiva dell'accordo.

Esaminando la norma sopra richiamata, appare evidente che il nuovo codice dei contratti ha innovato, attraverso il recepimento della direttiva 2014/24/UE, la precedente disciplina, prevedendo la possibilità di introdurre varianti modificative dei contratti in corso di esecuzione, subordinandola all'esistenza di condizioni generalmente riferite ai caratteri di **imprevedibilità** della variante e di **non sostanzialità** della stessa

In merito al **requisito dell'imprevedibilità** è innegabile che la pandemia mondiale, dichiarata dalla OMS, è l'evento più imprevedibile, grave e senza precedenti della storia contemporanea. La sua imprevedibilità, del resto, è comprovata dal fatto che non esistono nei contratti clausole che ne abbiano

regolato le conseguenze. Peraltro, le linee guida ANAC n. 9 approvate il 6 aprile 2018 indicano le epidemie ed i contagi quale fatto oggettivo, imprevisto ed imprevedibile, che può dar luogo a revisione del piano economico finanziario di contratti in corso, con conseguente riequilibrio dello stesso.

Riguardo al requisito di **non sostanzialità** della modifica contrattuale, si deve intendere che la variazione in corso d'opera non deve in alcun modo introdurre condizioni che, se previste dall'originario bando di gara, avrebbero consentito un allargamento della platea dei partecipanti.

Rispetto alla previsione contenuta nel Codice dei contratti pubblici del 2006 (d.lgs 163 del 2006), l'art. 106 del d.lgs. n. 50/2016 supera ogni necessità di discernere tra “*cause impreviste ed imprevedibili*” (art. 132, comma 1, lett. b del Codice del 2006) ed “*eventi inerenti la natura e la specificità dei beni*”, distinzioni che avevano determinato reiterati interventi da parte dell'ANAC.

Parallelamente alla suddetta semplificazione, viene istituita *ex novo*, con lo stesso articolo 106 (lett. b), **la possibilità di modificare i contratti inserendo lavori, servizi o forniture supplementari a quelli oggetto di appalto**, inizialmente non previsti, a condizione che, con la variante, vengano evitati aggravamenti di costo, ovvero criticità conseguenti a possibili incompatibilità, di varia natura, che potrebbero verificarsi ove mutasse il contraente. Si tratta, a ben vedere, di una previsione che consente all'Ente di affidare servizi supplementari.

Il legislatore ha, nella fattispecie, fatto ricorso ad una terminologia non generica, utilizzando la locuzione “supplementari” invece della locuzione “complementari” utilizzata nell'articolo 63 del medesimo Codice. Questa differenziazione non è meramente terminologica perché supera, ampliandolo, il concetto di complementarietà, già previsto dal previgente art. 57 del d.lgs. 163/2006.

La casistica cui dà luogo il concetto di complementarietà o di supplementarietà è ampia. Di particolare interesse, per delimitare il campo di operatività della modifica contrattuale possibile, è la disposizione contenuta nel comma 7, lett. c), dell'art. 175 del Codice del 2016, che consente la modifica a condizioni che la stessa non estenda “*notevolmente l'ambito di applicazione della concessione*”

Sempre in tema di requisiti di ammissibilità delle varianti, si ritiene di indubbio interesse il fatto che sia stato imposto un limite alle varianti per norme sopravvenute, o per provvedimenti emessi da autorità preposte alla tutela di interessi generali. Al di là delle difficoltà interpretative segnalate, infatti, è chiaro che anche tale tipologia di variante, che precedentemente non aveva limite di spesa, deve oggi rispettare la limitazione d'importo prevista dal comma 7, dell'art. 106¹, se si vuole evitare l'annullamento del contratto e l'indizione di una nuova

¹ Decreto legislativo 18/04/2016, n. 50 Codice dei contratti pubblici -Art. 106 Modifica di contratti durante il periodo di efficacia, comma 7:

“7. Nei casi di cui al comma 1, lettere b) e c), per i settori ordinari il contratto può essere modificato se l'eventuale aumento di prezzo non eccede il 50 per cento del valore del contratto iniziale. In caso di più modifiche successive, tale limitazione si applica al valore di ciascuna modifica. Tali modifiche successive non sono intese ad aggirare il presente codice.”

procedura d'appalto. In altri termini, solo **ove una norma sopravvenuta determini una variante il cui importo economico ecceda il 50%** dell'originario affidamento, la stazione appaltante, dovrà rescindere il contratto e procedere ad un nuovo affidamento. In caso contrario, può escludersi l'ipotesi risolutiva del rapporto contrattuale e le parti potranno procedere alla revisione del contratto, ovvero alla sua rinegoziazione, secondo principi di correttezza, buona fede e solidarietà.

Da ultimo, un esame specifico merita il comma 11, dell'art. 106 del nuovo Codice, laddove si prescrive che *“La durata del contratto può essere modificata esclusivamente per i contratti in corso di esecuzione se è prevista nel bando e nei documenti di gara una opzione di proroga. La proroga è limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente. In tal caso il contraente è tenuto all'esecuzione delle prestazioni previste nel contratto agli stessi prezzi, patti e condizioni o più favorevoli per la stazione appaltante”*. Tale prescrizione, si osserva, non trova applicazione nel caso in cui lo spostamento della scadenza del contratto **è rivolta al ripristino del sinallagma contrattuale turbato dal fatto sopravvenuto, imprevisto ed imprevedibile**. Nel caso di specie, pertanto, non si verte nella ipotesi di proroga contrattuale, ovvero di estensione nel tempo degli effetti di un contratto, ma in quella di **riequilibrio del contratto in essere**, tramite recupero del depauperamento subito mediante lo strumento dell'estensione temporale che, in tutta evidenza, deve essere intrinsecamente legata – in termini di durata – al suddetto recupero.

La relazione tematica della Corte di Cassazione dell'8 luglio 2020

Un cenno autonomo merita la Relazione tematica della Corte di Cassazione n. 56 dell'8 luglio 2020 sulle *“Novità normative sostanziali del diritto “emergenziale” anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale”*, nel cui ambito, unitamente ad un'approfondita disamina della materia, si sottolinea che la revisione delle condizioni contrattuali deve essere la conseguenza di una iniziativa della *“parte più diligente”* diretta ad attivare il relativo procedimento amministrativo. La necessaria e conseguente istruttoria deve concludersi con un provvedimento amministrativo, ovviamente sindacabile in sede giurisdizionale, propedeutico alla revisione contrattuale.

Sul punto IFEL ed ANACAP fanno rinvio alla Relazione, anche con riferimento alla necessità della valutazione delle condizioni che possono aver portato ad uno squilibrio contrattuale e della conseguente opera di rinegoziazione, in chiave di ristabilimento del *“piano dei costi e ricavi originariamente pattuito”*.